

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES
EFFETS JURIDIQUES
DU SILENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 30 novembre 1920, à 2 heures

PAR

Valéry POIRIER

Président : M. WAHL, professeur.

Suffragants { M. CAPITANT, professeur.
 { M. DEMOGUE, professeur.

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

—
1920

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES
EFFETS JURIDIQUES
DU SILENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 30 novembre 1920, à 2 heures

PAR

Valéry POIRIER



Président : M. WAHL, professeur.

Suffragants { *M. CAPITANT, professeur.*
M. DEMOGUE, professeur.



PARIS

JOUBE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

—
1920

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses: ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES EFFETS JURIDIQUES DU SILENCE

INTRODUCTION

Dès la plus haute antiquité le Silence fut au nombre des divinités :

Harpocrate, le dieu soleil des égyptiens, était représenté sous la forme d'un enfant encore dans le sein de sa mère, et par conséquent les mains appliquées à la bouche; les Grecs ne doutèrent pas qu'une bouche ainsi close fût l'emblème du silence, et ils s'empressèrent d'en faire une divinité qu'ils appelèrent Sigalion, ayant l'index collé sur les lèvres.

Chez les Romains le Silence était plus particulièrement adoré sous le nom d'Angerona (d'angere, souffrir) et de Tacita dont Numa fit la dixième des Muses, la Muse de la Méditation, qui rêve et contemple tandis que ses sœurs chantent.

Cette adoration immémoriale s'explique aisément :

l'esprit de l'homme est lent, le vrai génie malgré les apparences est le plus souvent le fruit d'une longue patience ; avant de créer, l'artiste a contemplé, puis il a rêvé mille projets jusqu'à ce qu'enfin, par sélection, il en adopte un, son idéal qu'il extériorisera ; à ce moment seulement il rompra le silence, sa plume, son pinceau ou sa lyre traduiront les vibrations de son cerveau, et sûr de lui, il se fera un jeu des critiques dont on ne manquera pas de l'assaillir ; la méditation lui ayant fourni maints arguments de réponse.

A peu près indispensable à l'art, le silence, condition de la méditation est nécessaire dans les actes de la vie courante : qu'advient-il demain, l'homme l'ignore, mais la réflexion peut lui faire découvrir certains indices qui lui permettront de supputer l'avenir.

La prudence recommande donc de ne parler, de ne se décider que lorsqu'on a mis de son côté le plus de chances possible de ne pas se tromper.

Pourtant, l'individu, membre d'une société, ne peut, dans ses relations avec ses semblables, leur nuire impunément sous le prétexte de s'assurer des avantages personnels ; quoiqu'il lui en coûte, il devra souvent sacrifier ses propres intérêts à ceux d'autrui ; l'homme fort fera ce sacrifice généreusement, et, soucieux de sa responsabilité, ne laissera par son attitude subsister aucune ambiguïté sur sa

décision ; le faible au contraire, évitera toutes les occasions qui pourraient l'obliger à prendre parti ; mis en demeure, il n'aura que le courage de se taire ; la société ne peut admettre que sa faiblesse le sauve, le juge qui la représente interprétera son silence et en déduira la décision qu'il n'a pas osé prendre lui-même.

Ce n'est certes pas à dire que le silence gardé alors que l'on doit prendre parti, le soit toujours par mauvaise foi ou faiblesse ; de même le dicton « qui ne dit mot consent » pose une règle trop générale ; une étude spéciale de chaque espèce s'impose donc.

Naturellement, nous n'étudierons que les cas dans lesquels l'interprétation soulèvera quelque difficulté, laissant de côté ceux où le silence gardé l'a été par une personne qui ne s'est pas contentée de jouer un rôle purement passif, mais a manifesté sa volonté par un acte quelconque.

Il est évident par exemple que le commerçant qui, sans répondre d'une façon ferme aux offres à lui faites, prend sans réserves livraison des marchandises expédiées, est lié par un contrat de vente et s'oblige à payer le prix demandé ; il y a de sa part un consentement valant celui qu'il aurait pu donner par écrit ou verbalement.

Le commerçant en question prétendra-t-il avoir reçu les marchandises seulement à titre de dépôt ou de gage, ce sera à lui à en faire la preuve, son adver-

saire ne jouera au procès qu'un rôle passif, à condition toutefois que le fait de la réception ne soit pas mis en doute, ce qui se produira ordinairement le livreur apportant au tribunal un titre non contesté.

En somme l'existence d'un titre supprime l'ambiguïté qui pourrait résulter du seul silence ; le tribunal en présence d'un tel litige n'aura pas à interpréter le silence mais seulement à vérifier les titres produits.

Tout autre serait la situation si, sans titre et comme seule justification de sa demande, une partie n'invoquait contre l'autre que son silence ; si le tribunal fait droit à la demande, on pourra dire que le silence du défendeur l'a obligé envers le demandeur ; le silence dans ce cas sera véritablement une source d'obligations que le tribunal se bornera à constater, alors que dans le cas précédent il ne sera qu'un moyen accessoire, susceptible seulement d'être invoqué à l'appui d'une demande basée sur la fausse interprétation d'un contrat dont l'existence n'est pas contestée.

Nous laisserons également de côté les cas où le silence ne peut être considéré que comme source indirecte d'obligations, en matière de tacite reconduction des baux par exemple, là encore il ne joue qu'un rôle accessoire, le défendeur ne niant pas avoir omis de dénoncer le bail en temps, les termes du contrat seuls lient les parties et la contestation ne

pourra porter que sur l'interprétation de ses termes.

En présence d'un litige dont le silence est la cause, le juge, sur les conclusions de la partie demanderesse, aura à décider si le défendeur avait le droit de se taire, et dans le cas contraire si en se taisant il a eu l'intention d'accepter ou s'il a voulu refuser ; même, dans certains cas, si le fait de se taire ne constitue pas un dol de sa part ; c'est en somme les principales questions auxquelles il aura à répondre.

Cet ouvrage se divisera donc tout naturellement ainsi :

PREMIÈRE PARTIE : *Le silence considéré comme acceptation.*

DEUXIÈME PARTIE : *Le silence considéré comme refus.*

TROISIÈME PARTIE : *Le silence considéré comme dol.*

PREMIÈRE PARTIE

SILENCE EMPORTANT ACCEPTATION

CHAPITRE PREMIER

SILENCE GARDÉ EN PRÉSENCE DE FAITS MATÉRIELS NON CLANDESTINS

Cette première section demande peu de développements tellement est évidente la mauvaise foi de celui qui, laissant exécuter sous ses yeux, sans se plaindre, des travaux matériels (parce qu'ils lui procurent certains avantages), invoque ensuite son défaut de consentement lorsque ces mêmes travaux viennent à lui nuire.

Peu nombreux certes seront les cas où les tribunaux auront à intervenir, et il nous faut remonter à un arrêt assez ancien pour trouver un exemple frappant (1) :

Il s'agit en l'espèce de travaux faits à un mur

1. Cass., 30 mai 1842. *Journal des audiences*, 42.1.366.

mitoyen par l'un des voisins, au su de l'autre et même en sa présence; sans récrimination de sa part, par conséquent.

L'affaire en reste là jusqu'au jour où, l'Etat et la ville expropriant pour cause d'élargissement de la voie publique certains propriétaires voisins, déclarent que les travaux faits au mur mitoyen doivent être regardés comme confortatifs et sont dès lors interdits au propriétaire qui doit les démolir ainsi que le conseil de préfecture lui en donne l'ordre.

Le propriétaire alors, bien qu'ayant joui des avantages à lui procurés gratuitement par son voisin, se souvient que jamais il n'a donné son consentement formel aux travaux effectués et, se croyant fort de son bon droit, assigne le voisin en dommages-intérêts; le tribunal de première instance lui donne raison, mais, sur appel, la cour décide que, ne s'étant pas opposé aux travaux et n'ayant pas mis le défendeur en demeure de les exécuter d'une autre manière, il ne saurait rendre celui-ci responsable.

Il ne se tient pas pour battu et se pourvoit en cassation pour violation notamment de l'article 662 du Code civil d'après lequel: « L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer où appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens

nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. »

La question posée à la Cour était celle de savoir si le consentement ou le refus dont parle l'article 682 devait être exprès ; cet article ne le spécifiant pas, il était logique et équitable que la Cour réponde par la négative, c'est ce qu'elle a fait en ces termes : « Attendu que l'arrêt de la Cour d'appel a reconnu en fait que les travaux opérés par X... l'avaient été en présence de Y... sans contradiction de sa part et qu'il les avait même approuvés jusqu'au moment où l'administration, à raison de ces travaux qu'elle a prétendu confortatifs, a exigé la démolition de la façade de la maison de Y... ; que par conséquent, il était non recevable à se plaindre de faits qui ne lui sont devenus préjudiciables que par la détermination de l'autorité.

« Attendu que cette décision basée sur une appréciation de faits, ne saurait tomber sous la censure de la Cour de cassation, rejette, etc... »

Un autre cas susceptible de se présenter plus fréquemment en pratique est celui dans lequel un propriétaire est en litige avec son architecte au sujet du paiement du prix d'une construction.

Deux situations sont à considérer suivant qu'un devis a été dressé ou non.

1^o Un devis a été dressé.

L'article 1793 du Code civil décide que « lorsqu'un

architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit et le prix convenu avec le propriétaire ».

Il en résulte que, malgré la présence du propriétaire du sol lors des changements ou augmentation effectués, et par conséquent son consentement certain, celui-ci pourra après leur achèvement actionner son architecte en dommages-intérêts; l'article 1793 veut en effet qu'un écrit soit dressé pour constater l'autorisation; point n'est besoin cependant d'un acte spécial, et de simples annotations de la main du propriétaire du sol sur le devis primitif suffisent (ainsi en a décidé la Cour de cassation (1).)

2° Il n'a pas été dressé de devis.

Mais l'article 1793 ne saurait s'appliquer lorsqu'aucun devis n'a été dressé; la convention primitive étant purement verbale, il eût été illogique d'exiger un écrit pour constater les changements ou augmentations apportés à cette convention; la preuve du consentement du propriétaire pourra donc être faite par d'autres moyens; son silence même ne pourra

1. Cass., 16 avril 1826. *Journal des audiences*, 26.1.455.

lui éviter de supporter les frais supplémentaires résultant des augmentations ni les inconvénients qu'ont pu lui causer les modifications apportées ; sa présence seule lors de la confection des travaux lui enlève tout moyen d'action contre son architecte ; elle prouve suffisamment qu'il a autorisé quoique tacitement les augmentations ou modifications qu'il n'a pas pu ne pas voir (1).

1. Cass., 6 juin 1827 cité par Dalloz (répertoire de législation au mot louage d'ouvrage, n° 106).

CHAPITRE II

SILENCE GARDE PAR L'UNE DES PARTIES EN MATIÈRE DE CONTRATS

SECTION I

Mandat

§ 1. — *Mandat accepté tacitement par le mandataire*

Le paragraphe 2 de l'article 1985 du Code civil prévoit que « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite » et il ajoute « et il résulte de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire » ; ce dernier membre de phrase ne soulève aucune difficulté, l'exécution du contrat ne laissant subsister aucun doute sur l'acceptation du mandataire.

Le présent paragraphe aura pour objet l'étude des cas où l'acceptation du mandataire pourra être présumée en l'absence d'acte d'exécution du mandat.

Plusieurs cas sont à considérer :

1° Les auteurs sont unanimes à décider que lorsqu'une procuration a été envoyée à quelqu'un par la

poste, la rétention de cette procuration n'équivaut pas nécessairement à une acceptation de la part de celui qui l'a reçue ; en effet, c'est peut-être par négligence qu'il l'a retenue ou parce qu'il a cru nécessaire de se renseigner sur certains faits avant de la renvoyer ; ce sera au juge à apprécier les motifs de cette rétention.

Cependant Pardessus est d'avis que « celui à qui un pouvoir a été donné par lettre doit par la voie la plus prompte faire connaître son refus et que le silence garde au delà du temps nécessaire et usité pour répondre pourrait donner un juste sujet de supposer son acceptation, et de le condamner à tous dommages-intérêts » (1).

Pardessus se place il est vrai au point de vue du droit commercial, où il est logique de se montrer plus rigoureux.

La présomption d'acceptation est encore moins forte lorsque l'on n'a point envoyé une procuration régulière mais une simple lettre qui peut être regardée comme une offre unilatérale à laquelle on n'est nullement obligé de répondre.

1. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 2, n° 557.

M. Valéry (contrats par correspondance, n° 95, n. 1).

Cite un jugement du tribunal civ. de la Seine du 21 août 1882 qui a décidé que le directeur d'un journal portant en sous-titre *Journal d'annonces judiciaires*, qui croit avoir un motif légitime de surseoir à l'insertion d'une annonce est tenu d'en informer aussitôt l'expéditeur sous peine d'être déclaré responsable de la non insertion.

2° L'acceptation n'est pas douteuse lorsque les pièces adressées à un officier ministériel (et à tous ceux en général qui font profession de représenter le public) n'ont pas été renvoyées par lui ; les panonceaux peuvent être en effet considérés comme une réclame officielle faite au public et lui offrant les services du titulaire de l'étude ; évidemment ces offres ne sont pas fermes, l'officier ministériel peut ne pas les accepter, mais le client ne recevant pas avis du refus, est fondé à croire que le mandat donné par lui sera exécuté puisqu'il rentre exactement dans les attributions de celui auquel il s'est adressé ; sans même qu'il soit besoin d'invoquer la nécessité du bon et rapide fonctionnement de la justice.

La jurisprudence confirme la doctrine ainsi que le prouve l'arrêt suivant (1) :

Un huissier ayant fait volontairement élection de domicile dans son étude pour son client est censé en avoir reçu mandat quand bien même il aurait pris sur lui de faire cette élection de domicile et sans ordre exprès de son client ; il doit donc s'acquitter des obligations qui résultent de ce mandat et en particulier faire parvenir à son client les actes qui lui ont été signifiés au domicile élu ; faute de quoi il devra indemniser son mandant du préjudice qu'il lui a causé.

1. Cassat. 9 mars 1837. *Journal des audiences*, 37. 1. 206.

§ 2. — *Mandat ratifié tacitement par le maître*

La question est discutée de savoir si on doit considérer comme emportant mandat tacite le seul silence d'une personne qui, ayant connaissance de la gestion de ses affaires par un tiers ne s'oppose pas à cette gestion.

Le droit romain posait la règle suivante : « qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur », l'avis de MM. Aubry et Rau est que le Code Napoléon s'est écarté de cette règle ; le seul silence d'après eux n'emporterait qu'une gestion d'affaires, ainsi qu'il résulte de l'article 1372 du C. civ. (1).

M. Troplong soutient au contraire que l'on doit encore aujourd'hui, conformément à la règle précitée, admettre un mandat tacite dans l'hypothèse où la gestion a été entreprise au su du maître ; il n'y aurait, d'après lui, gestion d'affaires tacite que dans l'hypothèse où le maître n'a eu connaissance de la gestion qu'après coup (2).

Nous nous rangeons de préférence à l'avis de MM. Aubry et Rau, écartant la distinction un peu spécieuse de M. Troplong, quoique la jurisprudence semble s'être rangée à l'avis de ce dernier.

De toute façon, il n'est pas contesté que le seul

1. Aubry et Rau, *Droit civil*, t. 4, par. 411.

2. Troplong, *Droit civil expliqué*, n° 129 et suivants.

silence engendre soit un mandat, soit une gestion d'affaires et par conséquent engage la responsabilité de celui qui l'a gardé par négligence ou mauvaise foi.

L'arrêt précité (1) confirme l'opinion de la doctrine et admet avec elle qu'un mandat (ou une gestion d'affaires) peut exister sans qu'aucun ordre n'ait été donné par le maître et même à son insu (dans ce cas il est évident que le mandat n'oblige que le mandataire).

Mais la question se pose de savoir si le seul silence d'une personne au nom de laquelle un engagement a été contracté permet de lui opposer cet engagement ; autrement dit si son silence peut être considéré comme une ratification tacite.

Une première condition s'impose : il faut que la personne à laquelle on oppose un engagement contracté en son nom ait connaissance de cet engagement, ainsi que le dit Troplong « si ayant reçu avis de ce qui a été entrepris pour moi, à mon insu ou en dehors de mes ordres, je garde le silence, je suis censé consentir par là à ce que l'affaire se poursuive ; j'ai tout ratifié » ; et il cite à l'appui de son opinion Bartole, Straccha et Casaregis.

Et il ajoute « (le silence n'est caractéristique qu'autant que celui qui le garde a été touché de quelque

1. Voir page 18 en note.

acte qui lui imposait la nécessité de s'expliquer » (1).

Il admet donc la nécessité d'une mise en demeure quelconque.

La jurisprudence admet elle aussi une ratification résultant du silence du maître, mais n'exige pas dans tous les cas une mise en demeure ; c'est en somme une question de fait que le juge apprécie souverainement.

Jugé en ce sens que :

1° Le paiement par anticipation d'une créance fait à l'exécuteur testamentaire d'une succession a pu être réputé ratifié par le silence que les héritiers ont gardé après l'échéance de cette créance arrivée à une époque où cet exécuteur testamentaire, revêtu de la qualité de liquidateur de la succession, avec pouvoir de toucher les capitaux exigibles, avait pleine capacité pour toucher cette créance (2).

Dans cette espèce, les héritiers condamnés en appel s'étaient pourvus en cassation, prétendant que leur silence ne saurait leur être opposé, puisqu'ils ignoraient le remboursement de leur créance, le liquidateur ayant continué à faire figurer les intérêts dans les comptes par lui rendus.

La cour de cassation a confirmé le jugement de la cour d'appel donnant tort aux héritiers qui auraient du faire opposition au paiement dès l'échéance au

1. Troplong, *Du mandat*, n° 612.

2. Cass. 3 juin 1845. D. 45. 1. 324.

lieu d'attendre pour se plaindre, la faillite de leur liquidateur, faillite qui à juste titre peut être considérée comme étant la seule cause du préjudice causé.

2° Le silence de la part de celui à qui l'on oppose un engagement pour lequel il n'avait pas donné mandat, peut, même en l'absence d'un acte quelconque par lequel il ait été mis en demeure de s'expliquer, être considéré comme une ratification tacite si d'ailleurs il est établi qu'il a eu connaissance de l'engagement contracté en son nom (1).

En ce qui concerne les officiers ministériels, le juge a présumé plus difficilement la ratification des actes faits par eux sans mandat de leurs clients (2).

On comprend aisément les motifs qui ont déterminé sa décision : le client doit, pour se prévaloir de son défaut de consentement, recourir à la procédure spéciale du désaveu, il est évident qu'il hésitera longtemps avant de se décider à utiliser cette ressource extrême. (Cette question du reste sera étudiée avec plus de détails au titre de l'acquiescement.)

Note : Nous avons laissé de côté le cas du mandat tacite de la femme mariée et des domestiques ; leur ratification, en effet, résulte plutôt d'une présomption attachée à l'état de dépendance de la femme vis-à-vis du mari, ou des domestiques vis-à-vis des maîtres.

1. Cass., 7 avril 1851. D. 51. 1. 92.

2. Cass., 27 août 1835. S. 35. 1. 588.

On admet du reste que le mandat de la femme ne cesse pas quand le mari est absent ; il est dans ce cas impossible d'interpréter comme acceptation le silence gardé par le mari sur des engagements qu'il ignore bien que pris en son nom (1).

SECTION II

Commission

La commission correspond en matière commerciale au mandat du droit civil, les règles précédentes concernant l'acceptation tacite du mandat s'y appliquent *a fortiori* en raison du caractère commercial de la commission.

§ 1. — *Acceptation de la commission par le commissionnaire*

Certains auteurs (Lyon-Caen et Renault) sont d'avis que le commissionnaire doit toujours être un commerçant ; d'autres (Bravard et Demangeat) admettent que la qualité de commerçant n'est pas toujours nécessaire pour être considéré comme commissionnaire ; quoiqu'il en soit, tous se mettent d'accord pour décider que la réponse du commer-

1. Planiol, *Droit civil*, t. III, n° 1099.

çant à qui une commission est donnée même par simple lettre missive doit être prompte et que son silence fait présumer de sa part une acceptation.

Nous avons cité plus haut Pardessus (1) ; Merlin, dans ses questions de droit, à l'article compte courant dit également : « Il est admis qu'entre négociants qui se constituent ce qu'on appelle en droit les *negotiorum Gestores* les uns des autres, le défaut d'improbation du contenu d'une lettre qu'on a reçue en renferme l'approbation tacite. »

Il y a en effet toutes raisons de croire que celui qui fait habituellement des actes de commerce de la catégorie de ceux qu'on lui propose acceptera ; son nom commercial, son enseigne, les en-tête de ses lettres sont autant de réclames, d'offres au public, offres générales il est vrai, mais qu'il doit rétracter par un refus formel d'accepter la commission à lui donnée ; ce refus devra être communiqué le plus promptement possible en raison de la nature commerciale de l'opération ; car tout en respectant le principe de la liberté commerciale, on ne peut admettre qu'une opération soit manquée à cause de la négligence ou de la mauvaise volonté d'un commissionnaire.

MM. Lyon-Caen et Renault vont même jusqu'à dire qu'un commissionnaire recevant un ordre, ne peut se dispenser de l'exécuter, quand cette exécution ne

1. Voir *suprà*, p. 17.

l'expose à aucun risque, tandis que le moindre retard serait préjudiciable et que l'urgence de l'opération ne permet pas au commissionnaire de répondre (1).

Dans ce sens le tribunal de Bordeaux a décidé que celui qui ne répond pas à la lettre par laquelle un autre commerçant avec lequel il est en relations d'affaires lui donne l'ordre et lui rappelle des conventions verbales précédemment arrêtées, doit être réputé accepter tacitement l'ordre qui lui est donné et dès lors ne peut se refuser à l'exécuter (2).

De même, d'après un jugement assez récent du tribunal de commerce de Nantes : s'il existe des circonstances de nature à faire supposer qu'une lettre expédiée est arrivée à destination, le silence gardé par le destinataire de la lettre doit être considéré comme emportant adhésion aux propositions contenues dans cette missive (3).

§ 2. — *Acceptation de la commission par le commettant*

On ne peut [aussi facilement considérer comme acceptation le silence d'une personne à la suite d'opérations effectuées sans ordre de sa part par un commissionnaire ; c'est là une question de fait qu'il

1. Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, n° 756.

2. Bordeaux, 3 juin 1866. D. 67. 2. 166.

3. Trib. com. de Nantes, 19 mai 1906. D. 08. 2. 313.

appartient au juge de trancher, après examen soigneux de chaque espèce.

La commission en effet est dans l'intérêt du commettant ; il n'y a d'obligation principale que du côté du commissionnaire.

De plus, la personne pour qui l'opération aura été effectuée n'aura pas forcément la qualité de commerçant et il lui sera facile d'expliquer son silence, si le commissionnaire ne l'a pas mis en demeure d'accepter ou de refuser (1) ; elle pourra invoquer la nécessité pour elle de vérifier certains faits, dont l'existence ou l'inexistence peut déterminer sa décision.

Enfin, non commerçant, elle n'est pas tenue à une rapidité si grande dans l'expédition de ses affaires, et on ne pourra pas aussi facilement lui reprocher sa négligence.

Il faut supposer évidemment que celui dont on veut interpréter le silence n'est pas en relations d'affaires avec le commissionnaire ; dans ce cas en effet, ce n'est pas seulement du silence que l'on peut induire l'acceptation ; il y a, comme le disent Delamarre et Lepoitvin, une sorte de reconduction

1. Un avertissement dans les journaux que telles opérations ont été faites pour telle personne par un commissionnaire ne saurait être considéré comme une mise en demeure de cette personne ; il faut que les offres du commissionnaire qui a agi sans ordre partent directement de lui, ou soient transmises par quelqu'un qui les fasse pour lui. (Delamare et Lepoitvin ; *op. cit.*, I, n° 77.)

tacite « car il n'est pas toujours nécessaire que le commettant sache actuellement la gestion du commissionnaire ; il suffit qu'il sache qu'elle devra être faite, et que cette connaissance s'infère raisonnablement de faits antérieurs à la dernière affaire gérée par lui. »

Un jugement du tribunal de commerce de Marseille confirme cette opinion.

Dans l'espèce, un commissionnaire chargé de vendre des marchandises, avait écrit à son commettant que, voyant que la vente en était difficile à Marseille, il les expédiait à Smyrne. Le silence prolongé de celui à qui cette lettre était adressée a été considéré comme équivalant à l'ordre de vendre à Smyrne (1).

De même, le commettant est censé approuver les mesures prises par son commissionnaire au cours de l'exécution de son contrat si, en ayant été averti, il garde le silence.

Ainsi, un commettant pour le compte duquel un commissionnaire de transport a assuré des marchandises en lui en donnant avis, ne serait pas fondé, après l'heureuse arrivée du navire, à se prévaloir du défaut de ratification expresse de sa part pour demander à être déchargé du paiement de la prime (2).

Cette solution est du reste tout à fait équitable ;

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* I. 768 et note 4.

2. Emerigon, *Traité des assurances*, chap. V, sec. VI.

car celui qui ne refuse pas les avantages d'une opération, doit en accepter les inconvénients.

SECTION III

Contrat de transport

PARAGRAPHE UNIQUE. — *Acceptation du contrat de transport par le voiturier qui ne retourne pas la lettre de voiture.*

Le contrat de transport est un contrat de commission d'un genre spécial caractérisé par son mode de constatation : la lettre de voiture.

Si la lettre de voiture ne forme pas le contrat de transport (contrat consensuel), comme le dit improprement l'article 101 du Code de commerce, il n'en est pas moins vrai que cet écrit en constitue le moyen de preuve le plus commode ; c'est pourquoi l'article 102 a pris soin d'énoncer les indications qu'il devait contenir, donnant ainsi à la lettre de voiture rédigée en bonne et due forme une force probante non contestée, et ne permettant pas de l'assimiler à une lettre missive ordinaire ; spécialement, en ce qui concerne la présomption d'acceptation, tous les auteurs se mettent d'accord pour décider que l'on doit l'admettre plus facilement en matière

de contrat de transport constaté régulièrement : le voiturier est présumé vouloir remplir le mandat qu'il a reçu s'il n'a pas refusé en temps opportun ; on le considère comme acceptant, si, ayant reçu la lettre de voiture, il ne la retourne pas immédiatement (1).

Cette rigueur s'explique aisément en raison de la nécessité pour le mandant d'avoir une prompte réponse : les marchandises pouvant être périssables ou devant diminuer de valeur par suite du retard apporté à leur transport.

Les décisions de la jurisprudence en cette matière sont basées sur le principe que les transactions commerciales doivent être facilitées autant que faire se peut ; n'est-ce pas du reste le but que le législateur s'est proposé en élaborant un code spécial ?

Indépendamment de cette raison primordiale, on comprend que la lettre de voiture contenant des indications précises sur l'objet du contrat, le commissionnaire auquel elle est adressée n'ait besoin d'aucun délai pour répondre ; que pourrait-il invoquer pour expliquer son silence ? sa seule négligence qui est coupable.

1. Rennes, 2 juillet 1811, Dalloz Rep. Commis, 320.

SECTION IV

Contrat judiciaire

PARAGRAPHE UNIQUE. — *Peut-il se former dans le silence d'une partie ?*

Le contrat judiciaire est l'accord des parties constaté par le juge.

Il a pour principal effet de rendre les parties sans intérêt, et partant, non recevables à renouveler le débat.

La plupart du temps ce contrat sera conclu en présence du juge qui réussira à concilier les parties ; mais il est fort possible aussi que celles-ci ne se présentent devant lui qu'une fois l'accord conclu, de sorte qu'il n'aura plus qu'à le constater, pour rendre le contrat exécutoire ; le juge en effet ne forme pas le contrat, celui-ci est parfait dès que les parties se sont mises d'accord.

La question se pose donc de savoir à quelles conditions un tel contrat peut se former lorsque l'accord a eu lieu en dehors de la présence du juge ; en particulier si le seul silence d'une des parties mise en demeure de répondre constitue une preuve suffisante de l'accord et permet la formation du contrat.

La jurisprudence a répondu par la négative, ainsi

que le prouve un arrêt de la Cour de cassation (1) :

Dans l'espèce, un héritier avait demandé la résiliation d'une transaction passée entre lui et ses cohéritiers, mettant ces derniers en demeure d'accepter dans les huit jours.

Un seul de ceux-ci, traduit au bureau de conciliation, consentit la résiliation, mais seulement pour lui.

L'héritier, auteur des offres de résiliation, les rétracta ; d'où procès entre lui et ses cohéritiers qui prétendirent qu'il y avait eu contrat judiciaire avant la rétractation des offres, le silence gardé par eux équivalant à une acceptation.

La Cour d'appel leur donna raison, mais son arrêt fut cassé par la Cour de cassation admettant avec l'héritier auteur de l'offre qu'il n'y avait eu acceptation que de la part d'un seul cohéritier, et que, les offres étant indivisibles, la résiliation de la transaction ne pouvait avoir lieu sans le consentement de tous.

La raison qui motive une telle jurisprudence c'est que, le juge se bornant à constater le contrat judiciaire, ne peut pas donner acte d'un accord au sujet de l'existence duquel il y a discussion ; les parties se trouvant en litige, un jugement doit intervenir avec toutes les garanties des voies de recours normales.

1. Cass., 4 juil. 1810. S. 10. 1.376.

En admettant même que, par ses moyens d'investigation, le juge puisse se former une conviction certaine, il rendrait en quelque sorte un jugement sans appel, s'il se décidait à constater l'existence d'un contrat judiciaire dans le silence d'une des parties et excéderait ainsi ses pouvoirs.

Mais il va sans dire que la situation serait bien différente si, les parties étant en présence du juge, l'une d'elles gardait le silence sur les offres proposées. Aucune objection n'étant faite, le juge pourrait alors constater l'accord ; il ne commettrait aucun excès de pouvoir, n'affirmant que l'existence de faits qui se sont passés devant lui ; et l'interprétation qu'il ferait du silence de la partie qui l'a gardé ne saurait soulever de difficultés, l'acte ayant été dressé en présence de cette partie (1).

1. Voir à l'appui de cette thèse. Cass., 26 janv. 1833. Dalloz Rep. contrat judiciaire, n° 12, note 2.

CHAPITRE III

SILENCE GARDÉ EN MATIÈRE JUDICIAIRE

(ACQUIESCEMENT)

L'acquiescement, c'est l'adhésion à un jugement ou à un acte judiciaire, son principal effet est la privation de toute voie de recours ordinaire ou extraordinaire contre la sentence à laquelle il a été donné.

Il fera dans cette étude l'objet d'un chapitre spécial ; en effet, ce n'est pas forcément un contrat judiciaire, puisqu'il peut être consenti hors de la présence du juge et sans qu'il ait à le constater ; la question est même discutée de savoir si l'acquiescement au jugement est un contrat (1).

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE

Dans aucun de nos Codes il n'est dit mot de l'acquiescement et il nous faut aller puiser dans

1. V. En sens contraire Giry, de l'acquiescement, thèse, p. 52.

deux lois révolutionnaires quelques principes sur la matière :

La loi du 15 germinal, an III, article 4, décide que « les condamnés qui, pendant leur détention ou depuis, auront librement et formellement acquiescé aux jugements rendus contre eux, ne seront pas admis à réclamer le bénéfice des dispositions contenues dans les deux articles ci-dessus ».

La loi du 6 brumaire, an V, article 3 : « Prive du bénéfice de la suspension de la péremption ou de la prescription, ceux qui auront librement et formellement acquiescé aux jugements rendus contre eux. »

L'emploi dans deux textes différents des termes « librement et formellement » prouve suffisamment l'intention du législateur de faire de l'acquiescement un contrat spécial au moins en ce qui concerne sa formation ; il est dès lors impossible de le soumettre, quant à son interprétation aux règles que le Code civil a établies pour les conventions ordinaires dans ses articles 1156 et suivants.

L'adverbe formellement a soulevé quelques difficultés quant au sens que l'on doit lui donner.

L'Encyclopédie du XIX^e siècle (1), a opposé le terme formel au terme tacite en faisant ainsi un synonyme d'exprès ; on y lit au mot acquiescement, n^o 5 : « La transaction peut être formelle, tandis que l'acquiescement peut être tacite. »

1. Sebire et Carteret, *Encyclopédie du droit*, tome I, p. 147.

Une décision de jurisprudence a fait la même opposition.

C'est une erreur évidente, puisque nous avons vu que l'acquiescement devait toujours être donné formellement.

Pothier, du reste, ne commet pas cette erreur ; examinant les cas dans lesquels l'appel n'est pas recevable, il cite celui où les parties contre qui les jugements ont été rendus, y ont formellement acquiescé ; et il ajoute : « L'ordonnance, par ce terme formellement, n'entend pas qu'il soit nécessaire que la partie, pour être exclue de l'appel, ait acquiescé au jugement en termes exprès, et ait passé un acte d'acquiescement ; elle a seulement voulu dire qu'il fallait que son acquiescement ne fût point équivoque » (1).

La tâche du juge consistera donc à rechercher si, dans l'espèce à lui soumise, la partie a eu l'intention non douteuse d'acquiescer ; il ne pourra, comme en matière de conventions ordinaires, interpréter l'ambiguïté résultant de certains faits ou de certaines clauses par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat a été passé (art. 1159, Code civ.).

Il conviendra, au contraire, d'appliquer l'art. 1162 d'après lequel : dans le doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

1. Pothier, *Traité des obligations*, n° 860.

L'interprétation sera surtout difficile lorsque l'intention d'acquiescer n'aura pas été manifestée par des faits matériels, lorsqu'en particulier on voudra la déduire du seul silence.

Les trois paragraphes suivants seront consacrés à l'étude des espèces dans lesquelles la question se posera au juge de savoir si le silence équivaut à un acquiescement.

§ 1. — *Silence gardé par un client à la suite d'actes faits par son mandataire ad litem*

Comme des mandataires ordinaires, les avoués et autres mandataires *ad litem* ne peuvent agir sans pouvoir spécial de leurs clients.

Toutefois leur qualité d'officiers ministériels crée à leur profit une présomption de mandat qu'il appartient au client de détruire s'il ne veut pas supporter les conséquences des actes accomplis sans pouvoir donné par lui ; mais, d'après une jurisprudence à peu près constante, il faut distinguer selon que l'avoué a agi durant l'instance ou après le jugement qui y a mis fin (1).

1^o Durant l'instance l'avoué est réputé jusqu'à désaveu, avoir reçu mandat de représenter la partie dans tous les actes de la procédure.

1. Cass., 9 déc. 1863. D. 64. 1. 299 et arrêts cités sous Rouen, 7 juill. 1854. D. 56. 2. 15.

2° Après le jugement qui a mis fin à l'instance, son mandat *ad litem* est expiré et il ne peut plus représenter son client qu'en vertu d'un pouvoir spécial.

Il en résulte des conséquences considérables au cas de silence gardé par la partie.

Si les actes faits par l'avoué l'ont été durant l'instance, il y a une présomption de mandat qu'il suffira à l'avoué d'invoquer sans qu'il ait besoin de fournir d'autre preuve ; ce sera au client à expliquer son silence.

La présomption de mandat sera même si forte qu'on ne permettra au client de la détruire qu'en usant de la procédure spéciale du désaveu (1).

Si au contraire les actes ont été faits après le jugement, l'avoué ne sera plus pour la partie qu'un simple particulier et s'il ne peut faire la preuve d'un mandat spécial, il devra démontrer au juge que le silence de la partie ne peut être interprété que comme ratification de sa gestion ; nous retombons alors dans le cas du mandat accepté tacitement par le maître de l'affaire (2).

La situation serait tout autre si le client assistait à l'audience au moment où son mandataire a fait une offre ou un aveu en son nom ; en ne réclamant pas immédiatement il serait réputé acquiescer et on ne pourrait admettre de sa part le désaveu.

1. V. Glasson et Tissier, *Procédure civile*, II, p. 25 et suivantes.

2. V. *supra*, p. 19 et suivantes.

La Cour de cassation a décidé par exemple que : lorsqu'un avocat, à l'audience, renonce à des conclusions prises par l'avoué de la partie, si la partie elle-même est présente à l'audience, ainsi que son avoué, et s'ils ne réclament ni l'un ni l'autre contre la renonciation faite par l'avocat, cette renonciation ne peut être attaquée sous prétexte qu'elle n'aurait pu être consentie que par l'avoué (1).

§ 2. — *Silence gardé par une partie à la suite d'un jugement définitif*

Pendant l'instance, la partie est représentée au procès par un mandataire ; après le jugement au contraire le mandat de l'avoué est expiré ; l'exécution de la sentence sera poursuivie non contre l'avoué mais contre son client, et les significations régulières feront courir les délais à l'expiration desquels le jugement sera inattaquable.

Ces délais n'empêchant pas de poursuivre l'exécution, la partie gagnante aura tout intérêt à ce que le différend soit définitivement clos au plus tôt afin d'éviter de courir le risque d'appel ; elle s'efforcera donc par tous les moyens en son pouvoir de prouver la renonciation de la partie perdante aux voies de recours normales.

Cette renonciation résultera tout naturellement de

1. Cass., 8 déc. 1829. S. 30. 1. 8.

l'exécution volontaire, et l'interprétation de l'intention du perdant ne soulèvera aucune difficulté, son acquiescement ne sera pas douteux.

Si au contraire au lieu d'exécuter lui-même, le perdant garde une attitude purement passive, le fait par lui de tolérer des actes d'exécution sans récriminations de sa part constitue-t-il une présomption suffisante de sa renonciation aux voies de recours ?

En d'autres termes : le silence gardé en présence d'actes d'exécution peut-il être considéré comme une preuve certaine d'une intention libre et formelle d'accepter ?

Il sera d'autant plus difficile de donner à cette question une réponse affirmative que souvent le silence ne sera accompagné d'aucun fait positif permettant au juge de motiver sa sentence.

La tâche du juge sera donc très ardue, car, comme nous l'avons vu l'intention d'acquiescer doit être non équivoque, et le plaideur aura beau jeu pour prétendre qu'il n'a voulu prendre aucun parti et n'a gardé le silence que pour réfléchir et décider quelle attitude il prendrait.

On ne pourra pas même l'accuser de négligence car rien ne l'oblige à s'opposer aux actes d'exécution sur son propre bien ; l'article 443 du Code de procédure lui donne deux mois pour faire appel, comment le forcer à renoncer au bénéfice d'un délai que la loi lui accorde ?

Du reste, même en matière de confirmation d'obligations et en l'absence de tout délai le Code civil se montre sévère et n'admet à défaut d'acte de confirmation ou de ratification qu'une exécution « volontaire » (art. 1338, p. 2).

Aussi la jurisprudence ne déduit-elle pas facilement un acquiescement en l'absence de tout fait positif ; la Cour de cassation a décidé qu'il est nécessaire que les actes sur lesquels on veut fonder l'acquiescement soient personnels à celui à qui on les impute.

Que qualifier acquiescement par exécution volontaire, une simple absence d'opposition à exécution, c'est contrevenir à la loi et donner ouverture à cassation.

Singulièrement : de ce que le saisi a souffert sans opposition que l'adjudicataire de l'immeuble saisi se mit en possession de cet immeuble et y fit acte de propriétaire, il ne s'en suit pas qu'il ait par là acquiescé au jugement d'adjudication définitive, et qu'il soit non recevable à interjeter appel, s'il est encore dans les délais (1).

Un arrêt de la Cour de Chambéry fait bien résulter un acquiescement du silence de la partie ; mais, comme le remarque judicieusement M. Bodart (2), cet arrêt s'explique uniquement par des considéra-

1. Cass., 24 août 1830. S. 30. 1. 341.

2. Bodart, *de l'Acquiescement*, thèse, p. 117.

tions de fait, ce que du reste il a soin de préciser : « Attendu que dans de telles conditions, l'acquiescement peut résulter du silence ou de l'abstention, tout aussi valablement que d'une déclaration expressément formulée » (1).

Il n'y a pas de raison non plus pour que l'absence de conclusions contraires à la demande soit considérée comme une adhésion tacite au jugement : en s'en rapportant à la prudence du tribunal, le défendeur n'a point renoncé à se pourvoir par la voie de l'appel, il a seulement pensé que la décision à intervenir serait conforme à la loi ; son acquiescement n'a été que conditionnel (2).

Un récent arrêt de la Cour de cassation a décidé que : manque de base légale et méconnaît les règles de la preuve, le jugement qui, pour prononcer condamnation contre les défendeurs défailants faute de conclure, se fonde uniquement sur ce que « la demande paraît justifiée » et que « les défendeurs en faisant défaut, montrent qu'ils n'ont rien à opposer » ; le seul défaut faute de conclure des défendeurs ne saurait par lui-même impliquer de leur part un acquiescement aux prétentions de leurs adversaires (3).

Mais il faut en décider autrement lorsqu'une per-

1. Chambéry, 14 fév. 1894. D. 96. 2. 43.

2. Cass. 7 mai 1834. S. 35. 1. 383.

3. Cass. 19 octobre 1914. S. 15. 1. 24 ; V. encore trib. civ. Charleville, 9 nov. 1901. D. 05. 2. 402.

sonne à qui on a fait des significations régulières d'actes ne s'oppose pas à leur exécution ; on la considère alors comme acquiesçant, la sommation d'assister aux actes constitue en quelque sorte une mise en demeure de la personne à laquelle elle s'adresse.

Particulièrement, il a été jugé que : lorsque, sur l'appel d'un jugement portant nomination d'experts, la Cour a désigné de nouveaux experts, la partie qui a obtenu cet arrêt est non recevable à se plaindre que les premiers experts aient continué d'opérer, si elle a gardé le silence le plus absolu sur l'assignation à fin de nomination d'un nouveau juge commissaire pour recevoir le serment de ces experts, sur la signification du jugement de cette nomination et de la prestation de serment, sur la sommation d'assister aux opérations d'experts, et enfin sur la signification du procès-verbal d'expertise (1).

§ 3. — *Silence gardé par une partie à la suite d'un jugement interlocutoire*

En ce qui concerne l'acquiescement aux jugements interlocutoires, l'interprétation de l'article 451 Code de procédure civile a donné naissance à deux théories qu'il est nécessaire d'exposer brièvement, les effets du silence étant bien différents selon que l'on adopte l'une ou l'autre.

1. Cass. 26 juin 1832. D. 32. 1. 320.

Les partisans de la première théorie prétendent que non seulement les plaideurs ne sont pas obligés d'interjeter appel avant le jugement définitif, que c'est pour eux une pure faculté, mais encore que leur droit d'user des voies de recours après le jugement définitif reste entier même lorsqu'il y a eu de leur part exécution volontaire du jugement interlocutoire.

A l'appui de leur opinion ils citent l'ancienne maxime « l'interlocutoire ne lie pas le juge » ; à plus forte raison, disent-ils, il ne lie pas les parties qui ne peuvent donc acquiescer.

L'admission d'un tel principe les entraîne à assimiler les jugements interlocutoires aux jugements préparatoires tout au moins en ce qui concerne l'acquiescement qui serait impossible pour les uns et pour les autres.

Les partisans de la deuxième théorie, à laquelle nous nous rangeons, prétendent au contraire que l'on peut acquiescer au jugement interlocutoire comme au jugement définitif, et que l'article 451 a permis d'en interjeter appel avant la sentence définitive parce que, différant en cela du jugement préparatoire il préjugeait le fond ; sans doute il ne lie pas le juge, mais il motivera la plupart du temps sa sentence ; c'est pourquoi le plaideur a le plus grand intérêt à l'attaquer sans délai.

De plus, il arrivera très souvent qu'après le juge-

ment définitif la partie contre laquelle l'interlocutoire a été rendu n'aura plus à sa disposition les moyens de preuve qu'elle possédait auparavant, c'est pour lui permettre de se défendre au moment où elle le pourra le mieux que la faculté d'interjeter appel avant le jugement définitif lui a été accordée.

Du reste le délai d'appel d'un jugement interlocutoire ne commence à courir que du jour de la signification du jugement définitif (1) ; à ce moment, quelle raison aura-t-on d'admettre que le jugement interlocutoire n'est pas susceptible d'acquiescement, alors que le jugement définitif l'est au contraire ?

Faudra-t-il distinguer deux périodes : la première, avant le jugement définitif, pendant laquelle l'acquiescement au jugement interlocutoire sera impossible ; la seconde, après le jugement définitif pendant laquelle on pourra y acquiescer.

Il semble plus logique en raison de leurs effets d'assimiler les jugements interlocutoires aux jugements définitifs plutôt qu'aux jugements préparatoires, comme le font les partisans de la première théorie.

En admettant à la rigueur cette assimilation, il ne paraît pas conforme à l'esprit des textes de décider que les jugements préparatoires ne sont pas susceptibles d'acquiescement :

En effet l'article 451 du Code de procédure civile

1. Tissier, *Code de procédure civile*, t. 2, n° 18.

n'est pas la reproduction de l'article 6 de la loi du 3 brumaire an 2 d'après lequel : « les parties (pour interjeter appel) seront obligées d'attendre le jugement définitif, sans qu'on puisse cependant leur opposer ni leur silence, ni même les actes faits en exécution des jugements de cette nature » (1).

L'article 451 dit seulement que « l'appel sera recevable, encore que le jugement préparatoire ait été exécuté sans réserves », ce qui ne semble pas exclure un acquiescement donné formellement.

Cette seconde théorie a été consacrée par la Cour de cassation (2) suivie par les Cours d'appel.

Ceux qui l'approuvent avec nous, en tirent cette conclusion qu'en matière de jugements interlocutoires comme en matière de jugements définitifs l'acquiescement peut résulter du silence aussi bien que d'un acte d'exécution volontaire, à la condition d'être non équivoque.

Mais l'interprétation sera très délicate en la matière : l'appel avant le jugement définitif n'est qu'une pure faculté, le plaideur qui n'en use pas immédiatement n'est pas censé renoncer aux voies de recours ; on doit plutôt le considérer comme se reposant sur la prudence du juge, car, selon l'expression de M. Bodart : « Le jugement exécutoire ne prend

1. V. Dalloz, Répertoire acquiescement, n° 662.

2. Cass. 7 déc. 1864. D. 65. 1. 184 ; Cass., 13 juil. 1885. S. 85. 1. 416 ; Cass., 19 oct. 1898. D. 99. 1. 187.

pour lui une consistance réelle que du jour où il est confirmé par le jugement définitif (1). »

Son acquiescement est tout au plus conditionnel comme dans le cas précité d'absence de conclusions contraires à la demande.

Cependant en matière de jugements ordonnant prestation de serment supplétoire où les arrêts sont les plus nombreux, la Cour de cassation voit un acquiescement dans le seul silence d'une partie présente à la prestation de serment (2).

C'est à notre avis, montrer trop de rigueur, car si le silence peut quelquefois paraître équivoque, c'est bien le cas en cette matière, le plaideur ayant la plupart du temps à en donner des explications qui paraissent plausibles :

Il pourra par exemple arguer que s'il n'a protesté immédiatement contre la sentence du juge, c'est par crainte de commettre une irrévérence ; ou que le temps lui a manqué pour réfléchir sur le parti à prendre.

D'ailleurs on peut ajouter, comme l'a fait la partie en cause dans le pourvoi précédant l'arrêt du 8 juin 1819 précité : que, si on admet un acquiescement résultant du seul silence, il dépendra toujours du juge de mentionner dans le jugement les protesta-

1. Bodard, *op. cit.*, p. 196.

2. Cass., 8 juin 1819. S. 20. I. 104 ; Cass., 11 juin 1902. D. 04. I. 279. V. aussi Bordeaux, 12 janv. 1836. S. 36. 2. 222.

tions de la partie, et de lui laisser ou de lui enlever à son gré le droit d'appeler, et qu'il est impossible que le législateur ait voulu permettre un tel abus.

Il faudrait donc distinguer, selon nous le cas où le juge qui a déféré le serment, ordonne qu'il sera prêté sur le champ, et celui où il fixe un jour ultérieur pour cette prestation.

Dans le premier cas, il serait nécessaire pour voir un acquiescement dans le silence d'une partie, que ce silence soit accompagné de faits propres à éclairer le juge et à lui permettre de motiver plus solidement sa sentence ; du reste, un récent arrêt de la Cour de cassation en matière d'expertise a bien soin de décider que la renonciation à se prévaloir de la nullité résulte tant du silence que la partie a conservé lors du débat que des termes formels de ses dernières conclusions (1).

Dans le deuxième cas, à condition naturellement que le jugement ait été signifié et que la partie ait été sommée d'assister à la prestation, le seul silence suffirait pour que l'on puisse admettre l'acquiescement, la partie se trouvant alors dans l'impossibilité d'en donner une explication plausible.

A l'appui de notre thèse on peut citer un arrêt de la Cour de Bordeaux qui a décidé qu'assister, même sans faire aucune protestation, à la prestation d'un serment déféré par jugement à la partie adverse, ce

1. Cass., 20 janv. 1913. S. 13. I. 271.

n'est pas acquiescer au jugement et se rendre non recevable à l'attaquer, *si l'on a pas été mis en demeure de s'opposer à cette prestation de serment* (1).

Il va sans dire que le silence de l'avoué seul présent à la prestation de serment de la partie adverse ne constitue pas un acquiescement au jugement qui l'a ordonné : nous avons vu plus haut (p. 36), qu'il fallait à l'avoué un mandat spécial pour agir au nom de son client ; le silence de l'avoué est la meilleure preuve de l'impossibilité où il se trouve d'acquiescer ou de protester, faute de ce mandat spécial que seul un acte positif de sa part peut faire présumer (2).

Il résulte de cette étude succincte du silence en matière d'acquiescement que les pouvoirs du juge sont assez limités ; on pourra s'en étonner au premier abord en les comparant à ceux qu'on lui reconnaît en matière de contrats ordinaires ; mais on se rendra bien vite compte qu'une telle sévérité dans l'interprétation s'impose, l'acquiescement étant le plus souvent gratuit de la part de celui de qui il émane et consenti presque toujours sans réciprocité de la part de son adversaire.

1. Bordeaux, 19 juil. 1833. S. 34.2.19. V. encore Montpellier, 14 nov. 1832. S. 33.2.383.

2. Colmar, 7 mars 1835. D. 35.2.155 ; Grenoble, 18 février 1854. D. 55.2.31.

DEUXIÈME PARTIE

LE SILENCE CONSIDÉRÉ COMME REFUS

Nous avons vu dans cette première partie que si le silence est la plupart du temps considéré comme acceptation il ne l'est pas dans tous les cas ; et l'on serait tenté de dire que celui qui n'accepte pas refuse et qu'une étude spéciale consacrée au refus est donc inutile.

Cette inutilité n'est qu'apparente car si dans les matières précédemment étudiées l'acceptation est la règle, le refus l'exception ; c'est le contraire dans les matières qui vont faire l'objet des chapitres suivants.

CHAPITRE PREMIER

SOCIÉTÉ

Tout contrat suppose nécessairement un accord de volontés sur un même objet ; d'un acte de volonté unilatérale ne peut naître d'une offre qui a besoin d'être acceptée pour produire quelque effet.

Ce principe semble contredit par les conclusions données plus haut en matière de commission (1), où le défaut de réponse à l'ordre du commettant suffit pour que le contrat soit réputé parfait.

Il n'en est ainsi qu'en apparence : la procuration donnée par le commettant au commissionnaire n'est pas une offre mais bien une acceptation ; car celui qui fait habituellement et publiquement des actes de commission est considéré comme offrant ses services sur le marché : on admet seulement que ces offres étant générales et peu précises, le commissionnaire a la possibilité de refuser pour des raisons valables la commission à lui donnée.

On serait tenté d'appliquer les mêmes règles en

1. V. *supra*, p. 23 et suivantes.

matière de société, et de décider que le seul fait par une personne de souscrire une certaine quotité du capital social aux conditions des statuts suffit pour la faire considérer comme sociétaire, sans qu'il soit besoin d'une réponse acceptant cette souscription.

Mais ce serait attribuer à la publicité donnée aux statuts un rôle tout autre que celui prévu par la loi et les intéressés eux-mêmes.

Loin de constituer une réclame, un appel de capitaux, cette publicité est destinée plutôt à prévenir les intéressés qu'ils ont un délai déterminé pour défendre leurs droits à l'encontre des futurs sociétaires ; on peut en somme la comparer à celle du mariage qui met les intéressés en demeure de faire opposition avant la célébration.

Certes, faisant connaître aux tiers les conditions d'organisation et de fonctionnement de la société, les statuts lui donnent un plus grand crédit et les souscripteurs viendront peut-être nombreux ; mais aucune offre ne leur aura été faite, et il dépendra des fondateurs d'accepter leurs capitaux ou de les en remercier, la société étant par excellence un contrat *intuitu personæ*.

A l'appui de notre thèse, citons une décision de la Cour de Paris d'après laquelle un individu qui a demandé par lettre des actions à l'agent d'une société ne peut être considéré comme actionnaire tant que

l'acceptation de sa demande ne lui a pas été notifiée par une acceptation spéciale (1).

Il faudrait à notre avis donner une solution identique dans le cas où les fondateurs d'une société, désireux d'attirer l'attention des capitalistes, et ne se contentant pas de la publicité des statuts auraient fait apposer des fiches spéciales, insérer des annonces, distribuer des prospectus etc.; cette publicité supplémentaire ne saurait être regardée comme une offre ferme; la considération de la personne jouant en cette matière un rôle primordial, l'accord des volontés ne suffit pas, il faut encore qu'il y ait si l'on peut dire, accord des caractères; et les tribunaux ont décidé à plusieurs reprises que la dissolution d'une société doit être prononcée en cas de mésintelligence ou dissentiment entre les associés (2).

La formation du contrat dépend donc de cette condition que la personne de l'acceptant conviendra au proposant selon les propres termes de M. Valéry (3); et il y a davantage de raisons de croire à un refus plutôt qu'à une acceptation de la part du proposant qui ne répond pas; tout au plus peut-on admettre que le proposant réserve sa réponse, atten-

1. Paris, 10 août 1850. D. 52.2.197.

2. Rennes, 7 déc. 1893. D. 94.2.87; Limoges, 15 juin 1895, D. 97.2.276.

3. Valéry, *op. cit.*, n° 230 et suiv.

dant des renseignements avant de prendre parti, la question alors reste entière de savoir s'il acceptera ou s'il refusera et rien n'autorise à y répondre plutôt par l'affirmative que la négative.

CHAPITRE II

Défaut de réponse à la suite d'une mise en demeure non justifiée

Il faut supposer qu'une offre a été faite par lettre individuelle avec cette clause que le défaut de réponse équivaudra à une acceptation.

C'est en somme une mise en demeure d'accepter ou de notifier expressément son refus.

Un tel procédé est employé fréquemment par la direction de certains journaux qui, quelques jours avant l'expiration de l'abonnement, prévient ses abonnés que le service du journal leur sera continué pendant une nouvelle période s'il n'y a de leur part ordre contraire.

C'est un moyen bien simple de conserver une clientèle : beaucoup de lecteurs en effet négligeront de répondre, n'ayant porté aucune attention à cette notification la plupart du temps imprimée et se présentant sous forme de prospectus ; ou bien, absents de leur domicile ils n'auront pu refuser en temps.

La somme étant en général minime, l'abonné mal-

gré lui paiera sans se demander si le directeur du journal est en droit d'agir ainsi.

Mais qu'au lieu d'un abonnement la lettre missive impose l'achat d'un immeuble ou d'une quantité considérable de marchandises, celui à qui elle aura été adressée se gardera bien, malgré son défaut de réponse, de payer le prix demandé ; l'affaire en restera là le plus souvent car l'auteur de la lettre n'entamera aucune poursuite, et avec raison, l'opération étant affectée d'un vice que la définition même de la mise en demeure rend évident :

« La mise en demeure est la sommation d'exécuter une obligation. »

Or le lecteur n'est plus engagé, son abonnement expiré ; celui avec qui on prétend conclure le marché n'a signé aucun contrat ; il est donc impossible de les obliger l'un et l'autre à faire connaître leur volonté.

La lettre demandant réponse ne vaut que comme offre unilatérale, sans effet si elle n'est pas acceptée ; on peut tout au plus admettre que si celui à qui cette offre a été faite n'a pas répondu dans le délai fixé il sera considéré comme l'ayant refusée et partant non recevable à s'en prévaloir plus tard.

En ce sens il a été jugé :

1^o Que n'est pas obligée comme souscripteur d'actions la personne qui a laissé sans réponse une lettre par laquelle un banquier l'informait qu'il l'avait

portée sur la liste de souscription à des actions dont il opérerait le placement, et qu'il l'avait débitée du montant du premier versement (1);

2° Que le silence gardé par la personne à laquelle ont été adressés des lettres et des échantillons accompagnés de propositions de vente ne peut-être considéré comme un acquiescement à ces offres (2).

En décider autrement dans ces espèces ce serait admettre qu'une personne a le droit d'imposer sa volonté à une autre personne sans qu'aucune obligation ne les lie l'une à l'autre ; ce serait violer gravement le principe de la liberté individuelle, fondement de notre législation.

La loi elle-même, qui semble ordonner sans tenir compte des volontés individuelles, n'est pas, théoriquement tout au moins, l'expression de la volonté unilatérale du législateur : le citoyen a fait confiance au représentant qu'il a élu ; par avance, il a accepté d'obéir aux lois votées par le Parlement.

Pourtant il faut admettre qu'en matière administrative le gouvernement agit souvent de sa propre autorité.

Comme exemple typique de mise en demeure ou mieux de contrainte administrative on peut citer le règlement (antique il est vrai) du 15 mars 1827 article 90 en matière d'impôts directs, aux termes

1. Cass., 25 mai 1870. D. 70.1.257.

2. Toulouse, 11 juin 1881. D. 82.2.206.

duquel le propriétaire qui n'adhère pas à l'avis des classificateurs doit réclamer tous les vingt jours. Faute par lui de faire cette réclamation dans les délais, son silence est considéré comme adhésion.

On comprend aisément que pour être fort le gouvernement a besoin d'une certaine liberté d'action, surtout lorsque les intérêts de la nation sont en contradiction avec ceux des particuliers : il est juste en effet que ceux-ci soient sacrifiés à ceux-là.

APPENDICE

Y a-t-il des exceptions à cette règle que le défaut de réponse à une offre n'équivaut pas à une acceptation de la part de cette personne, lorsqu'elle n'est liée par aucune obligation à l'auteur de l'offre?

M. Demolombe considère comme acceptation le silence gardé dans ces conditions, lorsque l'offre est faite exclusivement dans l'intérêt de celui qui n'y répond pas (1).

Nous ne partageons pas l'opinion du savant auteur, car ce serait admettre la possibilité d'obliger sans motif valable une personne à répondre à une offre qu'elle n'a pas sollicitée ; il n'y a à notre avis aucune raison pour admettre une exception dans le cas précité :

1. Demolombe, *Droit civ.*, t. XXIV, n° 58.

En effet, ce qui peut paraître pour l'offrant dans l'intérêt exclusif de celui à qui l'offre est faite cause peut-être à celui-ci un préjudice sinon matériel du moins moral : d'un côté, il n'a pas l'intention d'accepter car il veut conserver son indépendance et ne rien devoir à l'offrant ; d'un autre côté, craignant de le froisser en lui donnant les motifs de son refus, il néglige de répondre.

M. Demolombe ajoute : (et lorsqu'il ne saurait exister de sa part aucun motif de refus).

Mais à quel moment faut-il se placer pour examiner s'il n'y a aucun motif de refus ?

L'offre peut être avantageuse le jour où elle est faite et désavantageuse le lendemain, de sorte que celui qui l'a faite ne saura jamais à quoi s'en tenir ; s'il veut être fixé, le seul moyen pour lui sera, de donner un délai à l'expiration duquel il déclarera son offre rétractée si elle n'a pas été acceptée (1).

Du reste M. Demolombe semble par la suite revenir sur son opinion en citant à l'appui l'exemple d'un débiteur qui garde le billet à lui envoyé par son créancier (2).

Il n'est pas douteux dans ce cas que le débiteur

1. Il ne paraît pas possible d'admettre l'emploi du procédé inverse consistant à déclarer acceptée l'offre à laquelle on n'aurait pas répondu dans les délais.

Il y aurait de la part de l'offrant une mise en demeure non justifiée.

2. Demolombe, *op. cit.*, n° 59.

accepte la remise de dette, mais cette acceptation s'induit non de son silence mais du fait par lui de retenir le billet ; la remise du titre est un mode d'extinction des obligations non contesté ; il n'est pas besoin dans l'espèce d'admettre une acceptation de la part du débiteur, la dette est éteinte par cela même que le créancier n'est plus en possession du billet ; la réponse du débiteur est inutile.

C'est dans ce sens qu'il a été jugé qu'une personne qui a gardé jusqu'à sa mort une promesse de proration de bail peut être considérée comme l'ayant acceptée (attendu que l'acte constatant la promesse ne renferme pas une simple pollicitation mais un véritable engagement (1).

1. Cass. 15 avril, 1874, D. 75.1.356.

TROISIÈME PARTIE

LE SILENCE CONSIDÉRÉ COMME DOL

L'action de dol n'est pas une action pénale sanctionnant un délit que constituerait l'emploi de manœuvres frauduleuses, mais une action civile qui permet de demander la nullité ou la rescision d'une convention lorsque le consentement donné à celle-ci par l'une des parties a été vicié frauduleusement par l'autre.

Celui qui l'intente doit donc prouver non seulement l'existence de manœuvres frauduleuses, mais encore l'ignorance qu'il a eue de ces manœuvres lors de la conclusion de la convention ;

En particulier lorsqu'on voudra fonder l'action en nullité ou en rescision sur le dol résultant du silence il faudra prouver :

1° Que le silence a été frauduleusement gardé par l'autre partie ;

2° Que ce silence a été une cause d'erreur lors de la conclusion de la convention.

Mais de l'article 1116, du Code civil se dégage cette

conclusion que la théorie générale du dol qu'il formule ne saurait s'appliquer en matière de silence ; cet article suppose en effet que le dol résulte de manœuvres ; si on peut à la rigueur admettre qu'un simple mensonge constitue une manœuvre frauduleuse, il est impossible de donner la même solution en ce qui concerne le seul silence (1) ; et comme il n'y a pas de nullité sans texte force nous est de rechercher des dispositions spéciales de loi obligeant une personne à parler sous peine de voir considérer son silence comme un dol ; ce sera l'objet des chapitres suivants.

1. Un arrêt de la Cour de Rennes a bien décidé que le silence gardé par un créancier connaissant le mauvais état des affaires d'une succession, lorsqu'en sa présence on annonçait aux héritiers que la succession offrait un actif important, déclaration qui a déterminé ceux-ci à accepter purement et simplement, peut être déclaré constituer un dol ; mais la Cour de cassation, tout en le confirmant, fait remarquer (que d'ailleurs, l'arrêt attaqué relate d'autres faits reprochés à X et auxquels la Cour a reconnu le caractère du dol). Cass. 6 déc. 1838, D. 39.1.40.

CHAPITRE PREMIER

EN MATIÈRE DE CONTRATS

SECTION PREMIÈRE

Silence gardé sur les vices cachés

La majorité des auteurs a admis de tout temps qu'en matière de contrats civils ou commerciaux l'offrant, loin d'être obligé de déclarer les défauts de ce qu'il offrait ou de faire connaître certains faits de nature à le déprécier, pouvait en exagérer la valeur afin de s'en défaire à meilleur compte.

Deux personnes majeures et saines d'esprit lors de la conclusion d'un contrat doivent être placées sur un pied d'égalité ; il n'y a aucune raison d'avantager celle-ci plutôt que celle-là, la plus clairvoyante réalisera le bénéfice de l'affaire, ce pourra être l'acheteur aussi bien que le vendeur.

Cicéron cite un exemple caractéristique que reproduit Massé :

« Un homme de bien (*vir bonus*), part d'Alexandrie

et va porter du blé à Rhodes, il trouve cette île dénuée de blé, et par conséquent cette denrée y est extrêmement chère ; mais il sait que plusieurs marchands sont partis comme lui du port d'Alexandrie ; il a vu plusieurs vaisseaux chargés de blé prenant la route de Rhodes : doit-il en avertir les habitants ou tenir la chose secrète, afin de tirer un meilleur parti de sa marchandise » ?

Et Cicéron décide que le marchand de blé ne doit pas garder le silence sur les circonstances qui peuvent faire baisser le prix de sa marchandise.

Malgré l'autorité incontestable du grand jurisconsulte, son opinion ne fut pas unanimement suivie ; et la plupart des auteurs modernes sont de l'avis contraire (1) ; à bon droit selon nous ; car comme le dit Massé, il n'y aurait plus de commerce possible si l'on admettait la doctrine de Cicéron ; tous les contrats commutatifs et à titre onéreux se changeraient en contrats de bienfaisance (2).

Un contractant ne peut donc intentar l'action en nullité pour cause de dol lorsque son cocontractant a gardé le silence sur les vices de la chose, à la condition cependant qu'il ait été possible de les découvrir

1. Planiol II, n° 1061.

2. Massé, *Droit commercial*, t. III, n° 1515. Cet auteur semble donc admettre avec nous que la théorie générale du dol est inapplicable en matière de silence ; pourtant il dit plus loin que « si le silence portait sur la substance même de la chose, et avait pour but de cacher une circonstance qui, connue, aurait empêché

avec un peu d'attention et de clairvoyance ; il a fait une mauvaise affaire c'est tant pis ; le risque est à la base de tout commerce.

Mais lui refuser cette action au cas où il aurait été impossible, même à une personne expérimentée de découvrir les vices, serait encourager le vol, ce que ne pouvait vouloir le législateur, qui décide en effet que : « si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur (art. 1645 civ.). »

On ne pouvait d'une façon plus catégorique mettre le vendeur en demeure de parler, et c'est bien son seul silence que le législateur incrimine ; il ne faut pas en effet supposer que le vendeur a caché lui-même les vices de la chose, car alors l'article 1645 est inutile, il y a manœuvres, et l'article 1116 suffit.

l'autre partie de contracter, alors il constituerait un dol caractérisé ».

Nous sommes de son avis s'il prend le mot dol dans son sens large, comme synonyme de fraude, mais pour nous ce dol ne donne pas ouverture à l'action en nullité de l'article 1116

Quoi qu'il en soit d'ailleurs, l'auteur précisant que le silence doit porter sur la substance, la fraude en résultant engendrera une erreur qui, elle, sera une cause de nullité en vertu de l'article 1110, sans qu'il soit besoin d'en rechercher la source.

SECTION III

Silence gardé en matière d'assurances

Une autre dérogation au principe que l'on n'est pas tenu de renseigner celui avec qui l'on contracte sur les vices ou les infériorités de la chose a été apportée en matière d'assurances ; la raison en est simple : entre les deux contractants la situation n'est pas égale, l'assureur garantit un rixe qu'il lui sera la plupart du temps impossible d'évaluer, soit à cause de la distance qui le sépare de ce risque (navire en pleine mer), soit à cause de vices ou de circonstances connues de l'assuré seul aux déclarations duquel il doit s'en remettre ; et si, en droit français tous les contrats sont de bonne foi, on peut dire, avec M. Thaller, que l'assurance est un contrat de la meilleure bonne foi (1) comme le consacre l'article 348 du Code de commerce aux termes duquel : toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissance, qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance.

Il serait inutile d'étudier en détail cet article si les

1. Thaller, *Bull. de la Soc. d'ét. législ.*, 1906, p. 31.

auteurs avaient pu se mettre d'accord sur le sens qu'il convient d'attribuer au mot réticence.

MM Lyon-Caen et Renault admettent l'application de l'article 348 même lorsque l'assuré, sans aucune intention frauduleuse, par suite d'une négligence ou de sa propre ignorance, a commis une omission.

Ils citent à l'appui de leur doctrine Pardessus et Emerigon d'après lequel : « l'assurance est nulle si l'assuré, même par inadvertance, omet de déclarer quelque circonstance essentielle (1). »

MM. Thaller et Percerou sont de l'avis contraire ; d'après eux : lorsqu'il s'agit d'un vice que l'assuré lui-même ne connaissait point, la nullité cesse d'être encourue. La réticence ne peut lui être opposée que lorsqu'elle est intentionnelle (2).

Avant eux, Massé distinguait l'erreur simple et l'erreur produite par le dol ; pour lui, les fausses déclarations ou réticences faites de bonne foi par l'assuré n'ont d'autre effet que d'autoriser l'assureur à faire réduire l'assurance jusqu'à concurrence de la véritable valeur des objets mis en risque ; tandis que les réticences ou les fausses déclarations faites par dol et dans le dessein de tromper l'assureur font annuler l'assurance ; l'article 348 s'applique dans ce dernier cas seulement (3) ; ce qui paraît équitable

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n° 2264 et n. 2.

2. Thaller et Percerou, *Dr. com.*, p. 863.

3. Massé, *op. cit.*, n° 1511.

et résulter du texte lui-même (al. 2) qui décide que l'assurance est nulle même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration ou la différence n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré ; c'est bien une peine qu'il édicte, car on ne peut regarder l'annulation comme réparation équivalente au préjudice causé à l'assureur, le vice non déclaré n'étant pas la cause du sinistre ; or, peut-on punir l'assuré à qui l'on a pas même à reprocher une négligence ?

Du reste, la grande Encyclopédie définit la réticence : « Une omission volontaire d'une chose qu'on devrait dire. »

MM. Lyon-Caen et Renault eux-mêmes reconnaissent que le mot réticence vise plutôt une omission intentionnelle qu'une omission causée par négligence ou par ignorance (1).

Pothier, sans admettre que l'article 348 vise exclusivement le dol de l'assuré, distingue le cas où une partie ne dit pas ce qui est (réticence) et celui où elle dit ce qui n'est pas (fausse déclaration) : dans le premier cas, elle n'est pas tenue de ne l'avoir pas dit, si elle ne le savait pas et si elle ne l'avait pas malicieusement dissimulé ; mais dans le second cas, elle est tenue si ce qu'elle a dit ne se trouve pas vérifiable et a induit l'autre partie en erreur (2).

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 2, *loc. cit.*

2. Pothier, *Contrat d'assurance*, n° 199.

M. Planiol fait la même distinction (1).

Comment dans cette théorie expliquer les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 348 ?

Pour nous, le silence n'est une cause de nullité que lorsqu'il a été gardé frauduleusement ; le contrat pourra naturellement être annulé pour cause d'erreur, mais seulement lorsque cette erreur portera sur la substance (art. 1110 civ.), ce qui du reste sera fréquent, l'erreur sur le sujet des risques ou sur leur étendue étant une cause d'erreur sur l'identité même de la chose.

La jurisprudence n'est pas bien établie sur la matière :

La Cour de cassation a bien décidé que la réticence commise dans un contrat d'assurance par l'assuré est une cause de nullité du contrat, alors même qu'elle n'aurait pas été déterminée par le dol ou la fraude, mais comme le fait remarquer le commentateur : la réticence créant dans ce cas pour l'assureur une erreur sur une partie constitutive du contrat, il n'est pas besoin qu'elle soit frauduleuse pour entraîner la nullité de ce contrat (2).

Mais dans un autre arrêt elle a admis que la déchéance pouvait n'être encourue qu'en cas de réticence intentionnelle, laissant toutefois aux juges le soin d'interpréter la volonté commune des parties (3)

1. Planiol, 2, n° 2158.

2. Cass., 1^{er} déc., 1869. D. 70.1.200.

3. Cass., 19 juin 1900. D. 01.1. 356.

En somme, aucun principe général, et la Cour suprême a déclaré qu'il y avait là une question de fait dont la solution échappe à son contrôle.

La jurisprudence des Cours d'appel n'est pas mieux fixée (1).

1. V. à ce sujet Bricard. Thèse, p. 53 et s.

CHAPITRE II

EN MATIÈRE D'HYPOTHÈQUES

Une ordonnance de Henri II (1553) décidait dans son article 15 : « que les vendeurs seront tenus de déclarer les charges, rentes, hypothèques spéciales dont les héritages par eux vendus seront chargés, sur peine d'être tenus pour faux vendeurs de ce qui sera de leur fait, et pour ce, punis des peines de droit. »

Dans la législation actuelle les hypothèques étant soumises à une publicité rigoureuse, cette obligation n'existe plus et le Code ne déclare stellionataire que celui qui présente comme libres des biens hypothéqués, qui déclare des hypothèques moindres que celles dont les biens sont chargés (art. 2059).

La contrainte par corps, sanction prévue par cet article, a été abolie par la loi du 22 juillet 1867 ; cependant la fausse déclaration ne sera pas faite impunément, la plupart des auteurs considèrent le mensonge comme un dol tombant sous le coup de l'article 1116.

Mais il est impossible d'étendre l'application de

cet article au seul fait par le vendeur d'avoir gardé le silence sur des hypothèques dont leurs biens sont grevés ; en effet, outre que se taire n'est pas mentir et que, comme nous l'avons vu, rien ne permet d'élargir la notion de dol, on peut répondre que le vendeur n'a commis aucune fraude : s'il n'a pas renseigné son acheteur, c'est qu'il a cru à bon droit que celui-ci avait consulté le registre des inscriptions, comme la plus élémentaire prudence le lui commandait.

Différente sera la situation de l'acheteur dans les cas où l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription (au profit des mineurs, des interdits et des femmes mariées art. 2135) ; si l'hypothèque n'a pas été inscrite, on ne pourra lui reprocher sa négligence ; aussi, la loi a-t-elle eu soin de déclarer stellionataire le mari ou le tuteur qui ne rendrait pas publique l'hypothèque dont ses biens sont grevés (art. 2136.)

Le stellionat n'ayant plus de sanction, la même question se pose de savoir si l'article 1116 s'applique lorsque le mari ou le tuteur gardent un silence frauduleux ; il faut naturellement y répondre par la négative, puisqu'il n'y a pas même un mensonge suffisant pour constituer une manœuvre.

Pourtant, à la différence du cas précédent (où l'hypothèque était inscrite), celui qui a gardé le silence a manqué sans nul doute à une obligation, par sa faute il a causé à autrui un dommage qu'il devra réparer (art. 1382).

Cette sanction est non seulement insuffisante, mais inopérante, car la responsabilité du mari ou du tuteur ne sera engagée que lorsqu'ils seront insolvable et le recours contre eux sera donc stérile (1).

Un moyen radical de rendre la fraude inefficace serait de permettre à la partie trompée de demander la nullité du contrat, à la condition naturellement qu'elle fasse au préalable la preuve de cette fraude.

M. Planiol dit bien que les notaires ne manquent jamais d'inscrire à la fin des actes de vente ou de constitution d'hypothèque une clause qui renseigne les tiers sur les hypothèques existantes, mais ce n'est pour eux qu'une simple faculté ; il semble même que, liés par le secret professionnel, ils ne peuvent en user qu'avec l'assentiment de la partie à la charge de laquelle existe l'hypothèque, d'autant plus qu'à l'exception de leur propre fait ils ne sont pas garants de ce qui est dit dans le contrat.

Une difficulté s'est élevée sur le point de savoir si, dans le silence du propriétaire, les notaires sont tenus de déclarer les charges qui existent à leur profit sur les biens faisant l'objet d'un acte passé devant eux.

La négative s'impose, car comme le dit Ferrière (les notaires n'étant point parties dans un acte, ils sont tenus de recevoir les conventions des parties sans connaissance de cause) (2).

1. Planiol, *op. cit.*, II, n° 2994.

2. Ferrière, *Parfait notaire*, livre I, chap. 20.

Du reste cela résulte implicitement des articles 8 et 68 de la loi du 25 ventôse an II qui déclarent nuls comme actes authentiques ceux dans lesquels les notaires ont été parties.

Il a été jugé en ce sens que le rôle du notaire consiste uniquement à recevoir et rédiger les conventions des parties, qu'il ne peut même se refuser à les transcrire comme elles lui sont dictées et ne peut ni protester contre elles ni faire personnellement aucune réserve sur ce qui y est exprimé (1).

En admettant même que ce n'est pas dans ce sens que le secret professionnel a été imposé au notaire, le seul silence de celui-ci ne constitue pas un dol, et le notaire pourra toujours arguer qu'il croyait la partie avertie au préalable ; il n'en serait autrement que si la clause de franc et quitte avait été insérée dans le contrat, le notaire dans ce cas ne pourrait invoquer son ignorance et il est permis de décider que son silence préjudiciera à son hypothèque, mais alors, il faut, pour l'obliger à parler, le considérer comme partie intéressée et en conséquence déclarer le contrat nul comme acte authentique.

Si le notaire préfère taire ses droits sur la chose on peut à la rigueur décider qu'il est censé y renoncer ; quant à faire de son silence un cas de stellionat cela paraît impossible ; ne faisant que constater le contrat,

1. Cass., 10 nov. 1828.

le notaire n'est pas partie et ne tombe pas sous le coup de l'article 2059 al. 4.

Sans doute il sera souvent facile de prouver que l'acte a été l'œuvre du notaire, le client s'en étant entièrement remis à son expérience pour sa confection ; pourtant même dans ce cas il semble difficile de ne pas décider que le client a fait sien le dol de son notaire, dol qui sera alors superflu.

Du reste, même si l'on décide le contraire, ce n'est pas le silence du notaire qui constituera un dol mais sa déclaration expresse (1).

A plus forte raison les témoins qui gardent le silence sur des charges existant à leur profit ne tombent pas non plus sous le coup de l'article 1116 ; ils ne peuvent même pas être déclarés responsables en vertu de l'article 1382 : il n'y a de faute concevable

1. En général celui en faveur de qui l'hypothèque a été consentie dans un acte contenant la clause de franc et quitte aura tout intérêt à ne pas se prévaloir du dol du notaire, mieux vaudra pour lui plaider qu'il y a renonciation de l'officier ministériel qui ne pourra faire la preuve de sa fraude (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*) ; sa créance sera ainsi garantie par première hypothèque, tandis que, le contrat étant annulé pour cause de dol, l'hypothèque qu'on lui consentirait par acte postérieur ne prendrait rang qu'après celle du notaire.

Dans le cas où, pour une raison particulière, le créancier ou le prêteur jugera à propos de demander la nullité, celle-ci sera prononcée même lorsque le mandant prouvera qu'il ignorait la signification des termes du contrat établi par son notaire ; le dol du mandataire préjudicie au mandant (Cass. 4 déc. 1899. D. 1900.1.14) ; mais le notaire pourra être actionné en dommages intérêts par son client, il devait en effet l'éclairer sur les conséquences de ses engagements (Cass., 8 nov., 1899. D. 1900.1.22).

que s'il y avait antérieurement obligation d'agir ou de s'abstenir (1).

Il est possible de les considérer comme renonçant, mais à condition de prouver qu'ils ont pris connaissance de l'acte et n'ont pu se tromper sur la signification de ses termes.

D'une façon générale donc, on peut dire qu'un témoin n'est pas réputé par le seul fait de sa présence à l'acte, renoncer à se prévaloir des droits qu'il a sur la chose objet de l'acte.

Particulièrement il a été jugé que la présence d'un individu, comme témoin instrumentaire à un acte notarié renfermant vente d'un immeuble, ne pourrait emporter renonciation de la part de cet individu au bénéfice d'une vente antérieure qui lui a été faite de ce même immeuble, qu'autant que l'identité de l'immeuble résultait tellement des termes de l'acte que tout doute à cet égard était impossible (2).

Quant au notaire en second (au profit duquel existent des charges), par délicatesse il se garde bien en général de prendre connaissance des dispositions de l'acte, se mettant ainsi à l'abri de toute poursuite.

1. Planiol, *op. cit.*, n° 865.

2. Poitiers, 6 avril 1838. S. 38.2.385.

APPENDICE I

LE SILENCE CONSIDÉRÉ COMME RENONCIATION

Il résulte de l'arrêt précédemment cité (Poitiers, 6 avril 1838) que la renonciation de celui qui a gardé le silence ne peut être présumée que lorsque la preuve est faite d'une volonté non équivoque de sa part de ne pas se prévaloir des avantages qu'il a sur la chose.

Dans tout autre cas le silence ne peut être interprété que comme simple tolérance, et encore faut-il qu'il ait été gardé volontairement.

Ainsi en matière de brevet d'invention le breveté qui aurait souffert pendant plusieurs années que d'autres se servissent de son procédé, ne pourrait être déclaré déchu, car il appartient à la loi et non au juge de créer des causes de déchéance (1).

1. Dalloz, *Rép.*, v. Brevet d'invention, n° 268.

APPENDICE II

LE SILENCE CONSIDÉRÉ COMME AVEU

L'article 1356 du Code civil définit l'aveu : « une déclaration faite en justice ; » il en résulte qu'il ne peut être inféré du seul silence.

La Cour de cassation a encore été plus loin, décidant qu'il ne pouvait pas même être déduit d'une déclaration dont on le considérerait comme une conséquence éloignée (1).

Dans l'espèce, une partie n'ayant pas contesté la date d'un testament, la partie adverse prétendit en conclure que la nullité elle-même du testament avait été admise.

La Cour d'appel, dont l'arrêt fut confirmé en cassation, se refusa à transformer en aveu judiciaire absolu ce qu'elle considère comme « une méconnaissance relative » ; en effet, l'intention de la partie défenderesse en ne contestant pas que la date soit fausse avait été de hâter la marche de l'affaire, dési-

1. Cass., 11 août 1851. S. 51.1.742.

rant qu'il soit passé sans plus tarder à la discussion de la nullité du testament pour captation et démence du testateur et ne considérant le fait articulé que comme un indice insignifiant.

Sans même qu'il soit besoin d'arguments de texte, la seule raison d'équité suffisait pour ne pas reconnaître au silence la valeur d'un aveu : les conséquences résultant de l'admission de la doctrine contraire seraient excessivement graves, l'aveu pouvant entraîner la perte du procès pour la partie qui s'est tue.

On admet en droit moderne que l'accusé a le droit de se défendre ; ce n'est pas à lui à éclairer ses juges, on ne peut lui demander de se condamner lui-même, en le forçant à parler ; la question est abolie.

De plus, le plaideur peut avoir des raisons de ne pas parler de suite :

Il craint que les explications qu'il donnerait ne servent de moyens à la partie adverse, c'est pourquoi il se réserve de les donner plus tard, à un moment où il pourra aisément la confondre.

Il peut aussi ne pas vouloir parler de crainte que ses déclarations ne nuisent à des tiers non mêlés au procès et qu'il serait forcé de nommer.

La loi elle-même n'oblige pas de dénoncer les auteurs d'un crime, et les articles 103 à 108 du Code pénal qui punissaient la non révélation des crimes contre la sûreté de l'état, ont été abrogés en 1832.

Cette règle que le seul silence ne peut être considérée comme un aveu est du reste confirmée par l'existence d'exceptions :

Article 194 du Code de procédure civile, en matière de vérification d'écritures ;

Article 252 en matières d'enquête ;

Articles 330 et 336 en matière d'interrogatoire sur faits et articles ; encore dans ces derniers articles, le législateur se borne-t-il à décider que les faits pourront être tenus pour avérés.

CONCLUSION

Il ressort de cette brève étude que le législateur français lui non plus n'a pas voulu prendre parti et a laissé au juge le soin de trancher les nombreux différents auxquels le silence donne naissance, sans lui dicter des règles précises.

On serait tenté au premier abord de lui en faire grief et de lui reprocher de n'avoir pas suivi l'exemple de certaines législations étrangères (1).

Pourtant les principes généraux suffisent à notre avis ; ainsi en matière de commission, où il importe surtout que dans l'intérêt du commerce aucun doute ne subsiste quant à l'acceptation ou au refus, on

1. Le Code de commerce allemand décide dans son paragraphe 85 que « lorsqu'un représentant de commerce a conclu une affaire au nom de son patron, ce dernier est censé avoir accepté l'affaire, si, après avoir été instruit des négociations faites par son représentant, il ne s'est pas empressé de le désavouer ».

Aux termes du paragraphe 386 : « le commettant est réputé avoir ratifié les actes faits par un commissionnaire en contravention avec les instructions qu'il lui avait données, si, après avoir été avisé par ce dernier de la manière dont il a traité l'affaire, il ne l'a pas averti immédiatement qu'il n'entendait prendre le contrat à sa charge. »

aboutit à une solution équitable en parlant de cette idée que les commerçants sont *negotiorum gestores* les uns des autres ; gérant réciproquement leurs affaires, ils doivent apporter à cette gestion tous les soins d'un « bon père de famille », et c'est au moins une grave négligence de leur part de ne pas répondre à une lettre contenant des offres sérieuses, négligence qui la plupart du temps causera à l'offrant un dommage certain ; pour sanctionner cette mauvaise gestion point n'est besoin de texte spécial, l'article 1382 s'appliquera.

Certes on ne peut nier que la tâche du juge soit très délicate, mais il faut reconnaître aussi qu'elle est grandement facilitée par l'existence d'une jurisprudence assez solidement établie ; jurisprudence que l'on doit louer, car dans un pays où la législation est basée sur la bonne foi, personne n'a le droit de frustrer autrui en gardant lâchement le silence ; chacun doit prendre ses responsabilités ou savoir que faute de le faire il s'expose aux sanctions d'une justice, qui n'est pas un vain mot.

Vu : le Président de la thèse

WAHL

Vu : le Doyen

F. LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris

P. APPELL

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- Aubry et Rau.* — Droit civil français, tome IV.
Bodart. — De l'acquiescement. Thèse Paris, 1897.
Dalloz. — Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.
Delamarre et Lepoitvin. — Du contrat de commission.
Demolombe. — Droit civil, tome XXIV.
Emerigon. — Traité des assurances, chapitre V.
Ferrière. — Le Parfait notaire, livre I.
Giry. — De l'acquiescement. Thèse Paris, 1911.
Glasson et Tissier. — Procédure civile, tome II.
Lyon-Caen et Renâult. — Droit commercial.
Massé. — Droit commercial, tome III.
Pardessus. — Droit commercial, tome II.
Planiol. — Droit civil, tome II.
Pothier. — Droit civil, tome III, de la vente, du contrat d'assurances. Traité des obligations.
Thaller et Percerou. — Droit commercial.
Troplong. — Droit civil expliqué (du mandat).
Valéry. — Contrats par correspondance.
-

ERRATA

Page 9, l. 1, <i>au lieu de</i> :	ses,	<i>lire</i> :	ces.
— 34, l. 27,	— peut,	—	doit.
— 39, l. 12,	— accepter,	—	acquiescer.
— 50, l. 3,	— d'une offre,	—	qu'une offre.
— 52, l. 7,	— fiches,	—	affiches.
— 57, l. 2,	— tous,	—	dans.
— 80, l. 4,	— différents,	—	différends.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5

PREMIÈRE PARTIE

LE SILENCE CONSIDÉRÉ COMME ACCEPTATION

CHAPITRE PREMIER. — Silence gardé en présence de faits matériels non clandestins.....	11
CHAPITRE II. — Silence gardé par l'une des parties en matière de contrats.....	16
<i>Section I.</i> — Mandat.....	16
§ 1. — Mandat accepté tacitement par le mandataire.....	16
§ 2. — Mandat ratifié tacitement par le maître....	19
<i>Section II.</i> — Commission.....	23
§ 1. — Acceptation de la commission dans le silence du commissionnaire.....	23
§ 2. — Acceptation de la commission dans le silence du commettant.....	25
<i>Section III.</i> — Contrat de transport.....	28
<i>Section IV.</i> — Contrat judiciaire.....	30
CHAPITRE III. — Silence gardé en matière judiciaire. (Acquiescement)	33
Paragraphe préliminaire.....	34

§ 1. — Silence gardé par un client à la suite d'actes faits par son mandataire <i>ad litem</i>	36
§ 2. — Silence gardé par une partie à la suite d'un jugement définitif.....	38
§ 3. — Silence gardé par une partie à la suite d'un jugement interlocutoire.....	42

DEUXIÈME PARTIE

LE SILENCE CONSIDÉRÉ COMME REFUS

CHAPITRE PREMIER. — En matière de société.....	50
CHAPITRE II. — Défaut de réponse à la suite d'une mise en demeure non justifiée.....	54
APPENDICE. — Y a-t-il des exceptions à la règle précédente?.....	57

TROISIÈME PARTIE

LE SILENCE CONSIDÉRÉ COMME DOL

CHAPITRE PREMIER. — En matière de contrats.....	61
<i>Section I.</i> — Silence gardé sur les vices cachés.....	63
<i>Section II.</i> — Silence gardé en matière d'assurances.....	66
CHAPITRE II. — En matière d'hypothèques.....	71
APPENDICE I. — Le silence considéré comme renonciation.....	77
APPENDICE II. — Le silence considéré comme aveu...	78
CONCLUSION.....	81

Imp. JOUVE et C^{ie}, 15, rue Racine, Paris — 4770-20
